

Allgemeine Vorschriften über juristische Personen in einem künftigen Bürgerlichen Gesetzbuch

Prof. em. Dr. THOMAS RAISER, Berlin*

Inhaltsübersicht

ZGR 2016, 781–797

I. Wünschbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Vorschriften über juristische Personen	782
II. Gegenstände allgemeiner zivilrechtlicher Vorschriften über juristische Personen	785
1. Begriff der juristischen Person	785
2. Haftungsbeschränkung	787
3. Geschäftsfähigkeit	788
4. Allgemeine Vorschriften über die Mitgliederversammlung	790
5. Stimmverbot	791
6. Gründung	792
7. Rechtliche Anerkennung	792
8. Vorgesellschaft	793
III. Personengesellschaften und nicht eingetragene Vereine	795
1. Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft	795
2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	796
3. Nicht eingetragene Vereine	796

Das BGB verwendet den Begriff der juristischen Person zwar in der Überschrift des 2. Titels, enthält aber keine allgemeinen Vorschriften über juristische Personen, sondern beschränkt sich im folgenden auf Regelungen für Vereine und Stiftungen sowie die Verweisung des § 89 BGB. Namentlich die als juristische Personen anerkannten Handelsgesellschaften und Genossenschaften überlässt es den Spezialgesetzen. Anders verfuhr schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts der Verfasser des Schweizer ZGB, das in §§ 52ff allgemeine Vorschriften über juristische Personen enthält. Der Verfasser vertritt die Ansicht, inzwischen sei auch in Deutschland die Zeit gekommen, bei einer künftigen Revision allgemeine Vorschriften über juristische Personen in das BGB einzufügen und formuliert dazu Vorschläge. Die Ausführungen wurden angeregt durch einen Auftrag, eine Kommission des Gesetzgebers der Volksrepublik China, welche die Schaffung eines neuen chinesischen Zivilgesetzbuchs vorbereitet, zu der Frage zu beraten, ob es möglich und wünschenswert sei, in ein solches allgemeine Vorschriften über juristischen Personen aufzunehmen und welche Regeln dafür in Betracht kommen.

The German Civil Code receives the concept of legal person in the headline of the second title, but it contains no general provisions about legal persons. Instead, it limits itself on rules about private associations and foundations. It namely refrains from any provisions on commercial associations and

* Emeritus und ehemaliger Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Rechtssoziologie und Bürgerliches Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin.

cooperatives, leaving these for the already existing special laws. In contrast, already at the beginning of the 20th century, the Swiss Civil Code of 1908 shows in paragraphs 52–58 a number of general provisions on legal persons. The author argues that, in the case of a modernization of the Civil Code, also in Germany time is mature to include general rules on legal persons. He formulates rules which come into question. The considerations are inspired by an invitation to give expertise on the questions, if it is possible and desirable to insert such rules, to a commission of the legislator of the PR of China which prepares a new codification of the Chinese civil law.

I. Wünschbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Vorschriften über juristische Personen

Das BGB enthält keine allgemeinen Vorschriften über juristische Personen. Es benützt den Begriff zwar als Überschrift über den zweiten Titel (§§ 21 ff BGB) zur Unterscheidung von den Vorschriften über natürliche Personen (§§ 1 bis 14 BGB) und fasst beide im ersten Abschnitt unter dem Titel Personen zusammen. Das Recht sowohl der natürlichen als auch der juristischen Personen ist Gegenstand des an der Spitze des Gesetzes stehenden Personenrechts. Doch fehlen Vorschriften, die für natürliche und juristische Personen gleichermaßen gelten. Ferner finden sich in dem Abschnitt „Juristische Personen“ nur die speziellen Vorschriften über Vereine und Stiftungen sowie die Verweisung des § 89 BGB. Dagegen gibt es allgemeine Bestimmungen über juristische Personen gleichfalls nicht, und ebenso fehlen Vorschriften über die als juristische Personen verfassten Handelsgesellschaften (insbesondere AG, KGaA, SE und GmbH) und die Genossenschaften. Diese sind in besonderen Gesetzen geregelt. Den juristischen Personen stehen nach der Systematik des deutschen Zivilrechts die Personengesellschaften gegenüber, die keine eigene Rechtsfähigkeit genießen und daher keine juristischen Personen, sondern als Gesamthand verfasst sind. Dazu gehören die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die Offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und deren Abkömmlinge.

Die Unvollständigkeit des BGB geht noch weiter, denn der Gesetzestext verzichtet auch auf eine Definition oder wenigstens Umschreibung des von ihm benützten Oberbegriffs der Person, auf dem das Recht sowohl der natürlichen als der juristischen Personen aufbaut, und des Begriffs der juristischen im Gegensatz zur natürlichen Person. Die rechtliche Bedeutung beider Begriffe muss deshalb aus dem Sprachgebrauch, aus der das BGB prägenden Philosophie und juristischen Dogmatik, aus den Äußerungen dazu im Gesetzgebungsprozess und aus dem Sinnzusammenhang abgeleitet werden.

In der Rechtslehre spiegelt sich der Befund wider. Den Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des BGB liegt überwiegend die Vorstellung zugrunde, dass es de lege lata ein allgemeines Recht juristischer Personen nicht gibt und es daher auch nicht Aufgabe der Wissenschaft sei, ein solches auszubilden. So beschränkt sich zum Beispiel das repräsentative Lehrbuch zum Allgemeinen Teil

von Wolf/Neuner auf das Nötigste zur Kennzeichnung des Begriffs und der Typen juristischer Personen sowie der herkömmlichen Theorien über ihre Rechtsnatur, und fügt dann wenige Andeutungen zum Sinn und zu den Grenzen ihrer Gleichstellung mit natürlichen Personen hinzu.¹ Ausführlich behandelt es dagegen das Vereinsrecht und – knapper – das Stiftungsrecht. Noch weniger ergiebig sind die Darstellungen etwa von *Medicus*², *Bork*³, *Köhler*⁴ und anderer Lehrbücher des Allgemeinen Teils des BGB. Lediglich *Flume* vertritt demonstrativ einen gegenteiligen Standpunkt, indem er in seinem großen Werk über den Allgemeinen Teil den ganzen 1983 erschienenen Halbband I 1 mit „Die juristische Person“ überschreibt und darin an vielen Stellen allgemeine Regeln herausarbeitet, welche für Vereine, Stiftungen und die Handelsgesellschaften⁵ gleichermaßen gelten, namentlich über das Entstehen und das Ende juristischer Personen, über die Vereinsautonomie, die Mitgliedschaft und die Organe. In Halbband I 2 stellt *Flume* dieser Darstellung das Recht der nicht als juristische Person verfassten Personengesellschaften gegenüber. Er sieht, wie man weiß, zwischen juristischer Person und nicht als selbst rechtsfähiger Gruppe von Personen mit gesamthänderischer Vermögenszuordnung einen fundamentalen und dogmatisch nicht überbrückbaren Unterschied. Die Lehrbücher des Gesellschaftsrechts liegen auf derselben Linie. Auch in ihnen finden sich zwar allgemeine Lehren. Doch beziehen sich diese regelmäßig nicht auf den Begriff und die Eigenart juristischer Personen, sondern auf alle Gesellschaftsformen unter Einschluss der als Gesamthand verfassten – und gelegentlich auf die Vereine⁶. Sie gliedern in Personengesellschaften und Körperschaften. Immerhin lässt sich aus einer solchen Systematik ableiten, dass die so herausgearbeiteten Regeln jedenfalls auch für

1 WOLF/NEUNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., 2012, § 16.

2 MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, § 65.

3 BORK, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, § 5.

4 KÖHLER, BGB Allgemeiner Teil, 39. Aufl., 2015, § 21.

5 Die Genossenschaften bezieht FLUME nicht ein.

6 WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht Band 1, 1980, §§ 3–5, im Gegensatz zu dem den Personengesellschaften gewidmeten Band 2 von 2004. Immerhin vertritt WIEDEMANN in Band 1 den Gegensatz zwischen den beiden Strukturtypen noch nicht in voller Schärfe, weshalb sich dort auch einerseits übergreifende, andererseits speziell auf die juristische Person oder auf die Gesamthand bezogene Ausführungen finden. KARSTEN SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, entwickelt im ersten Teil in 21 Paragraphen auf alle Arten von Gesellschaften bezogene Lehren, bevor er in den Teilen zwei und drei Körperschaften und Personengesellschaften getrennt behandelt. Der Figur der juristischen Person zollt er in § 8 II nur eine vergleichsweise geringe Aufmerksamkeit. Die Gegenüberstellung von Körperschaften und Personengesellschaften anstatt von juristischen Personen und Gesamthandsgesellschaften bevorzugen zum Beispiel die Lehrbücher zum Gesellschaftsrecht von KÜBLER/ASSMANN, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2005, Teile I und II, WINDBICHLER, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl., 2013, 2. und 3. Abschnitt, und GRUNEWALD, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., 2013, 1. und 2. Teil.

alle juristischen Personen gelten müssen, die sich unter den Begriff der Gesellschaft subsumieren lassen, und dass es darüber hinaus Bestimmungen gibt, die für als juristische Person verfassten und für Gesamthandsgesellschaften gleichermaßen gelten, beide Gestaltungsformen also nicht soweit auseinander liegen können, wie die Lehre vom unüberbrückbaren Gegensatz vorträgt.

Der Verzicht auf allgemeine Vorschriften über juristische Personen war schon zur Zeit der Schaffung des BGB nicht selbstverständlich. Vielmehr finden sich bereits in den Beratungen des BGB substantielle Darlegungen zu dem Thema. So heißt es zum Beispiel in § 41 des ersten Entwurfs: „Personenvereine und Stiftungen können die Fähigkeit haben, als solche selbständig Vermögensrechte und Vermögenspflichten zu haben“, und die Materialien dazu führen aus; „Das Wesen der juristischen Persönlichkeit besteht für das Bürgerliche Recht darin, dass die an sich nur natürlichen Personen zustehende Vermögensfähigkeit kraft positiver Satzung einem Personenvereine oder einem Vermögensinbegriff beigelegt wird. Man kann noch weitergehen und aufstellen, die juristische Persönlichkeit sei gleichbedeutend mit der Vermögensfähigkeit“.⁷

Als Beleg dafür kann ferner das wenig jüngere Zivilgesetzbuch der Schweiz von 1907 angeführt werden, denn dieses hält sich nicht in gleicher Weise zurück, sondern beginnt im zweiten Titel mit allgemeinen Vorschriften über juristische Personen, bevor es das Vereins- und das Stiftungsrecht regelt.⁸ Dort heißt es zum Beispiel: „Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen und die einem besonderen Zweck gewidmeten unselbständigen Anstalten erlangen das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister“ (Art. 52 Abs. 1 schwZGB), ferner „Die juristischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter und die Verwandtschaft, zur notwendigen Voraussetzung haben“ (Art. 53); und: „Die juristischen Personen sind handlungsfähig, sobald die nach Gesetz und Statuten hierfür unentbehrlichen Organe bestellt sind ... Die Organe sind berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben“ (Art. 54, 55 schwZGB).

Die deutsche Regelung fällt daher auf und bedarf der Erklärung. Zwei Deutungen drängen sich auf. Zum einen war der Begriff der juristischen Person in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts heftig umstritten, und zur Zeit der Schaffung des BGB war der Streit noch keineswegs endgültig ausgetragen. Es standen sich die drei auch heute noch zitierten Theorien gegenüber: die im Wesentlichen auf *v. Savigny* zurückgehende sogenannte Fiktionstheorie, die von *Beseler* und *Gierke* dagegen gesetzte Theorie der realen Verbandspersönlichkeit und die mit dem Namen von *Brinz* verknüpfte Theorie des personifizierten Zweckvermögens. Der Gesetzgeber wollte vermeiden, in den wissen-

7 MUGDAN, Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1899, S. 78, 395.

8 Art. 52 bis 59 schwZGB.

schaftlichen Streit hineingezogen zu werden oder dazu Stellung zu nehmen. Zweitens hatte sich in der Gesetzgebung, vermutlich als Reaktion auf den Streit der Gelehrten, die Meinung durchgesetzt, sich im Sinn eines Gesetzespositivismus mit den benötigten Einzelregelungen zu begnügen. Ausgeklammert aus den Vorschriften des BGB über juristische Personen blieben die Handelsgesellschaften – Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Gesellschaft mit beschränkter Haftung – sowie die Genossenschaften, denn diese waren in anderen Gesetzen geregelt. Zwar war ihre Rechtsnatur gleichfalls noch nicht endgültig geklärt. Aber es bestand bei der Schaffung des BGB kein Anlass, in die als besondere Materien verstandenen Bereiche des Handels- und des Genossenschaftsrechts überzugreifen. Vielmehr lag es nahe und erschien zweckmäßig, deren Eigenständigkeit nicht in Frage zu stellen.

Was aber gilt heute, mehr als 100 Jahre später? Ich meine, es ist an der Zeit, den inzwischen veränderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umständen Rechnung zu tragen und über die Gestaltung der Materie neu und ohne Vorprägung durch den alten Gesetzestext oder durch rechtsdogmatische Traditionen nachzudenken. In einem modernen Zivilgesetzbuch sollten allgemeine Vorschriften über juristische Personen nicht fehlen. Zwar kann ich nicht phantasieren, welche Regelungen der deutsche Gesetzgeber bei einer Reform des BGB heute finden und bevorzugen würde. Die Frage ist in Deutschland gegenwärtig nicht aktuell. Aber ich meine, wenn wir heute die Aufgabe hätten, das Recht der juristischen Personen in einem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu gestalten, würden wir es anders machen als der Gesetzgeber des Jahres 1900. Nach meiner Beurteilung sind sowohl die Entwicklung des geltenden Rechts in Kautelarpraxis und Judikatur als auch die Rechtswissenschaft so weit fortgeschritten, dass es möglich und daher wünschenswert geworden ist, die grundlegenden Strukturen aller juristischen Personen, ihrer Organisation und ihres Auftretens im Rechtsverkehr in allgemeinen Vorschriften festzuschreiben. Es versteht sich, dass solche ihren vorgegebenen Ort im Personenrecht und daher im Allgemeinen Teil des BGB finden müssten. Die folgenden Überlegungen und Formulierungsversuche wollen dazu einen Beitrag leisten.

II. Gegenstände allgemeiner zivilrechtlicher Vorschriften über juristische Personen

1. Begriff der juristischen Person

Die erste von einem modernen Gesetzgeber in einem allgemeinen Teil des Zivilrechts zu bewältigende Aufgabe geht dahin, den *Begriff der juristischen Person* näher zu bestimmen. Nach dem Wortlaut des § 1 BGB beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt. In Verbindung

mit der Überschrift des Abschnitts „Personen“ wird die Vorschrift allgemein dahin verstanden, dass die Rechtsfähigkeit das kennzeichnende Merkmal der Person im Rechtssinn ist. Rechtsfähigkeit bedeutet die Fähigkeit, Rechtssubjekt, das heißt eigenständig Träger von Rechten und Pflichten zu sein und solche begründen zu können. Sie erfasst nicht nur das Privatrecht, sondern auch das Verfassungs-, Staats- und Verwaltungsrecht, das Strafrecht sowie das europäische und internationale Recht. Folgerichtig muss das maßgebliche Kennzeichen juristischer Personen gleichfalls ihre Rechtssubjektivität sein. Diese werden in Bezug auf die Rechtsfähigkeit den natürlichen Personen gleichgestellt. Welche gesellschaftlichen Organisationen die Rechtsfähigkeit in diesem Sinn erlangen können, steht nach deutschem Recht fest: Es sind Personenverbände und verselbständigte Vermögen bzw., in anderer Gliederung: Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des privaten und des öffentlichen Rechts. Auch ausländische juristische Personen sind grundsätzlich im Inland rechtsfähig. In Gesetzesform formuliert könnte eine entsprechende Formulierung lauten:

- *Juristische Personen sind eigenständig rechtsfähige Personenverbände und Vermögen.*

Dabei ist auf der anderen Seite klar, dass die Gleichbehandlung mit natürlichen Personen in Bezug auf die Rechtsfähigkeit wegen der vorgegebenen und auch im Recht nicht zu leugnenden Unterschiede nicht in allen Beziehungen möglich ist. Der Sachverhalt kann in einer weiteren einschlägigen Vorschrift niedergelegt werden. Es bietet sich die in Art. 53 des Schweizer Zivilgesetzbuch gefundene Formel oder eine ähnliche Formulierung an:

- *Die juristischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben.*

Stattdessen kann auch eine an Artikel 19 Abs. 3 GG angelehnte, weniger detaillierte Formulierung gewählt werden:

- *Juristische Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind.*

Hinzugefügt werden können klarstellende Ergänzungen, wie sie anderwärts im geltenden Recht zu finden sind. So kann zum Beispiel angefügt werden:

- *Eine juristische Person kann unter ihrem Namen⁹ Eigentum und andere dingliche Rechte, auch an Grundstücken, sowie andere Vermögensrechte erwerben,¹⁰*

9 Bzw. bei Handelsgesellschaften ihrer Firma.

10 Vgl. §§ 124 HGB, 13 Abs. 1 GmbHG.

ferner:

- *sie kann sie selbst verpflichtende Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden*¹¹. Über ihr Vermögen findet, soweit nichts anderes bestimmt ist, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein selbstständiges Insolvenzverfahren statt¹².

Erwähnt werden könnten darüber hinaus gewisse Abgrenzungsfälle¹³, zum Beispiel:

- *Eine juristische Person kann Erbe, aber nicht Erblasser sein;*
- *Eine juristische Person ist Träger von Persönlichkeitsrechten, soweit ihr soziales Ansehen oder ihr geschäftlicher Ruf beschädigt werden;*
- *Urheberpersönlichkeitsrechte stehen einer juristische Person nicht zu, usw.*

Ähnliche Abgrenzungsschwierigkeiten finden sich auch im Verfassungs- und Verwaltungsrecht¹⁴, im Strafrecht¹⁵ und in den anderen Rechtsgebieten. Jedoch gehören diese nicht in ein BGB und sind daher hier nicht weiter zu verfolgen. Maßgeblich ist in allen Fällen, dass eine juristische Person selbst, nicht die mit ihr verbundenen natürlichen Personen (Mitglieder, Destinatäre, Organe) Rechtssubjekt sind.

2. Haftungsbeschränkung

Kein Merkmal der Rechtsfähigkeit und daher der juristischen Person ist dagegen die *Beschränkung der Haftung* für die eingegangenen oder sie kraft Gesetzes treffenden Verbindlichkeiten auf ihr eigenes Vermögen. Das wird oft verkannt. Juristische Personen haften zwar mit ihrem eigenen Vermögen; das gehört zu ihrer Rechtsnatur. Doch gibt es zahlreiche gesetzliche oder in der Rechtsprechung anerkannte Fälle, in denen Mitglieder, Organmitglieder oder auch dritte Personen zusätzlich mit ihrem Privatvermögen für die Schulden der juristischen Person aufkommen müssen.¹⁶ Namentlich haften die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft auf Aktien persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 278 Abs. 1 AktG.). Bei der Genossenschaft können die Mit-

11 So auch §§ 124 HGB, 13 GmbHG.

12 Vgl. § 42 BGB, §§ 11, 12 InsO.

13 Vgl. im einzelnen die umfassenden Ausführungen zum Umfang der Rechtsfähigkeit einer GmbH bei RAISER, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, Großkomm. z. GmbHG, 2. Aufl., 2013, § 13 Rdn. 15 ff.

14 Vgl. den zitierten Art. 19 Abs. 3 GG.

15 Ob juristische Personen selbstständig straffähig sind, gehört bekanntlich zu den hoch umstrittenen Fragen der Strafrechtsgesetzgebung und -wissenschaft.

16 Vgl. RAISER, Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person, FS M. Lutter, 2000, S. 637 ff.

glieder im Fall der Insolvenz zu Nachschüssen verpflichtet sein (§§ 23 i. V. m. 98 GenG). Ist eine juristische Person nicht oder noch nicht in das für sie zuständige Register eingetragen, haften die Handelnden für ihre Schulden persönlich (§§ 54 BGB, 41 Abs. 1 AktG, 11 Abs. 2 GmbHG).¹⁷ Besteht ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag oder hat eine abhängige Gesellschaft den Betrieb ihres Unternehmens dem herrschenden Unternehmen verpachtet oder sonst überlassen, trifft das herrschende Unternehmen nach § 302 AktG eine Verlustausgleichspflicht, die sich im Fall des § 303 AktG zu einem direkten Anspruch der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft gegen das herrschende Unternehmen verdichtet. In anderen Fällen der Abhängigkeit haftet das herrschende Unternehmen unter den Voraussetzungen des § 317 AktG auf Schadensersatz. Der Anspruch kann nach §§ 317 Abs. 4 i. V. m. 309 Abs. 4 Satz 3 AktG auch von den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft geltend gemacht werden. Beide Bestimmungen werden analog angewandt, wenn die abhängige Gesellschaft eine GmbH ist. Nicht zuletzt relativiert die in allen Rechtsordnungen prinzipiell für nötig erachtete Durchgriffshaftung die Haftungsbeschränkung juristischer Personen. Denn in den anerkannten Fällen des Durchgriffs führt diese bekanntlich zur persönlichen Mithaftung der Mitglieder oder einiger von ihnen für die Verbindlichkeiten der juristischen Person.

3. Geschäftsfähigkeit

Juristische Personen sind als soziale Kollektive oder rechtlich verselbständigte Vermögen nicht selbst in der Lage, im sozialen Verkehr zu agieren. Sie sind, juristisch gesprochen, nicht geschäftsfähig, sondern bedürfen natürlicher Personen, die für sie handeln. Für diese hat sich der Begriff der Organe juristischer Personen eingebürgert. Im Innenverhältnis bilden die Organe den Willen der juristischen Person und führen sie nach Maßgabe der im Gesetz oder in der Satzung festgelegten Kompetenzverteilung zwischen ihnen. Im Außenverhältnis, das heißt im geschäftlichen Verkehr, pflegen sie die soziale und wirtschaftliche Kommunikation „ihrer“ juristischen Person mit anderen Personen, geben in ihrem Namen rechtsverbindliche Willenserklärungen ab und schließen namentlich Verträge, deren Partner, Gläubiger und Schuldner nicht sie selbst sind, sondern die juristische Person. Übliche und in den meisten Fällen als Mindestzahl vorgeschriebene Organe sind die Mitgliederversammlung und der Vorstand.¹⁸

Da die Rechtsfähigkeit die Fähigkeit betrifft, Rechte und Pflichten der juristischen Person gegenüber Dritten zu begründen, kommt es für die Geschäftsfähigkeit auf den Vorstand als das im Außenverhältnis zur rechtsverbindlichen

17 Vgl. dazu unten II. 8. und III. 3.

18 Bzw. bei der GmbH die Geschäftsführer.

Vertretung berufene Organ an. Bei Stiftungen und Anstalten gilt dies auch deshalb, weil sie keine Mitglieder und daher keine Mitgliederversammlung haben. Gemäß allen einschlägigen Gesetzen vertritt der Vorstand die juristische Person gerichtlich und außergerichtlich.¹⁹ Er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.²⁰ Die von ihm in Wahrnehmung seines Amtes geäußerten Willenserklärungen sind rechtlich solche der juristischen Person. Ist eine Willenserklärung gegenüber der juristischen Person abzugeben, genügt die Abgabe gegenüber einem Vorstandsmitglied.²¹ Nach dem heute als generelles Recht verstandenen § 31 BGB ist die juristische Person für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand oder eines seiner Mitglieder durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt. Gemäß dem für alle Vertretungsverhältnisse geltenden § 166 Abs. 1 BGB kommt es, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, nicht auf die Person des Vertretenen (d.h. der juristischen Person) an, sondern die des Vertreters (der Vorstandsmitglieder).

Die für die Geschäftsfähigkeit aller juristischen Personen notwendigen Grundregeln können und sollten gleichfalls in den allgemeinen Teil des Rechts der juristischen Personen aufgenommen werden. Das Schweizer Zivilgesetzbuch sagt dazu in Art. 54 und 55: „Die juristischen Personen sind handlungsfähig, sobald die nach Gesetz oder Statuten hierfür unentbehrlichen Organe bestellt sind“, und ferner: „Die Organe sind berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben. Sie verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch ihr sonstiges Verhalten“.²² In einem künftigen deutschen BGB könnten einschlägige Vorschriften etwa wie folgt formuliert werden:

- *Die Geschäftsfähigkeit juristischer Personen wird durch ihr geschäftsführungsberechtigtes Organ wahrgenommen. Dieses vertritt die juristische Person gerichtlich und außergerichtlich. Es kann aus einer oder mehreren Personen bestehen. Es selbst und seine Mitglieder haben die Rechtsstellung gesetzlicher Vertreter. Ist gegenüber einer juristischen Person eine Willenserklärung abzugeben, genügt bei einem mehrköpfigen Geschäftsführungsorgan die Abgabe gegenüber einem Mitglied des Organs.*

19 Vgl. §§ 26, 86 BGB, 78 AktG, 35 GmbHG, 24 GenG usw.

20 Vgl. § 26 Abs. 1 BGB. Zur Unterscheidung vom gesetzlichen Vertreter einer nicht geschäftsfähigen natürlichen Person spricht man auch von organschaftlicher Vertretung.

21 §§ 26 Abs. 2 BGB, 78 Abs. 2 AktG, 35 Abs. 2 GmbHG, 24 Abs. 2 GenG.

22 Vgl. dazu auch Art. 12 SchwZGB: „Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen“.

- *Die juristische Person haftet mit ihrem Vermögen für den Schaden, den das Geschäftsführungsorgan oder eines seiner Mitglieder bei Wahrnehmung seiner Aufgaben einem Dritten zufügt.*
- *Kenntnisse eines Vorstandsmitglieds, die mit dem Amt in Verbindung stehen, werden der juristischen Person zugerechnet.*

Klarstellungen und Ergänzungen auch hier möglich. So kann zum Beispiel erwähnt werden, dass Vorschriften, die zusätzliche im Gesetz oder in der Satzung vorgesehene Organe wie namentlich einen Aufsichtsrat oder Beirat betreffen, unberührt bleiben.

Verschieden geregelt und daher in einem allgemeinen Teil nicht generell festgelegt werden können dagegen andere die Vertretungsbefugnis betreffende Fragen, zum Beispiel, ob die Vertretungsbefugnis unbeschränkt ist oder durch Gesetz oder die Satzung beschränkt werden kann, und ferner, ob auch eine juristische Person geschäftsführendes und vertretungsberechtigtes Organ sein kann. Doch erscheint es als zweckmäßig, sie unter Verweisung auf die jeweils geltenden Vorschriften zu erwähnen. Entsprechende Klauseln müssten dann lauten.

- *Ob die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Organs unbeschränkt ist oder durch Gesetz oder die Satzung beschränkt werden kann, richtet sich nach den jeweils geltenden Vorschriften.*
- *Ob auch eine juristische Person geschäftsführendes Organ sein kann, richtet sich nach den jeweils geltenden Gesetzen oder nach der Satzung.*

4. Allgemeine Vorschriften über die Mitgliederversammlung

Allgemeine Vorschriften über die Mitgliederversammlung können nur bei juristischen Personen relevant werden, welche Mitglieder und daher eine Mitgliederversammlung haben. Deren Kompetenzen und Verfahren unterscheiden sich bei den verschiedenen Formen der juristischen Personen aber beträchtlich und sind daher einer allgemeinen Regelung nicht zugänglich.

Gleichwohl erscheint es aber möglich und aus rechtsstaatlichen Gründen auch dringlich, wenigstens einige generelle, zum Schutz der Mitglieder unerlässliche Grundzüge festzuschreiben.²³ Namentlich sollte bestimmt werden, dass alle Mitglieder zur Mitgliederversammlung geladen werden müssen und dass die Ladung in einer Form und so rechtzeitig zu geschehen hat, dass ihr die Eingeladenen auch folgen können. Zur notwendigen vorbereitenden Information gehört auch die Mitteilung der Tagesordnung, insbesondere der Gegenstände,

23 Vgl. dazu §§ 36f BGB, 47ff GmbHG, 121ff AktG. Letztere sind für allgemeine Regelungen allerdings zu komplex.

über die Beschluss gefasst werden soll. Zur Klarstellung und Verhinderung von Blockaden kann weiter etwas über die Beschlussfähigkeit der Mitgliederversammlung sowie darüber gesagt werden, wie wirksame Beschlüsse zustande kommen. Da zu allen genannten Punkten unterschiedliche Regelungen möglich sind, die in den Spezialgesetzen oder in der Satzung festgelegt werden müssen, sind insoweit allerdings nur offene Vorschriften möglich. Gleichwohl sind sie als Orientierungsregeln, Merkposten und Auffangbestimmungen aus Gründen des Rechtsstaats wichtig, um die Beteiligten zu zwingen, abweichende Regelungen eindeutig zu formulieren und so für alle Mitglieder klarzustellen, wie wirksame Beschlüsse zustande kommen. Einschlägige Vorschriften in einem allgemeinen Teil des Rechts der juristischen Personen könnten demgemäß lauten:

- *Die Beschlüsse einer Mitgliederversammlung sind nur wirksam, wenn alle Mitglieder unter Angabe der Gegenstände, über die beschossen werden soll, zu der Versammlung in einer Form und so rechtzeitig geladen wurden, dass sie sich ausreichend vorbereiten konnten.*
- *Bestimmen das Gesetz oder die Satzung nichts anderes, ist die Mitgliederversammlung ungeachtet der Zahl der erschienenen Mitglieder beschlussfähig.*
- *Bestimmen das Gesetz oder die Satzung nichts anderes, entscheidet die Mitgliederversammlung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Für Satzungsänderungen ist eine qualifizierte Mehrheit erforderlich.*

5. Stimmverbot

Zu den Grundregeln des Rechts der juristischen Personen gehört weiter, dass ein Mitglied im Fall der eigenen Betroffenheit von einem Gegenstand, über den die Mitgliederversammlung zu beschließen hat, nicht mitstimmen darf, weil es nahe liegt, dass es dabei seinen persönlichen Interessen Vorrang vor denen der juristischen Person gewährt. Die Abgrenzung des Stimmverbots bei Interessenkollision ist indessen bei den verschiedenen Verbänden im Gesetz unterschiedlich geregelt und bereitet auch in der Praxis Schwierigkeiten. Namentlich gilt es nach herrschender Rechtsprechung und Lehre für Akte der körperschaftlichen Willensbildung nicht, denn es wäre sinnwidrig, Mehrheitsgesellschaften daran zu hindern, ihre unternehmerische Konzeption in der Mitgliederversammlung gegen die Widerstand der Minderheit durchzusetzen. Eine allgemeine Regelung muss sich daher mit dem anerkannten Mindestbestand von präzise gefassten Bestimmungen begnügen. Sie könnte in Anlehnung an § 47 Abs. 4 GmbHG lauten:

- *Ein Mitglied ist vorbehaltlich abweichender Regelung im Gesetz oder in der Satzung nicht stimmberechtigt, wenn ein Beschluss der Mitgliederversammlung seine Entlastung, seine Befreiung von einer Verbindlichkeit ge-*

genüber der juristischen Person sowie ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit der juristischen Person mit ihm betrifft. Es darf in solchen Fällen das Stimmrecht auch nicht für andere ausüben.

6. Gründung

Hinsichtlich der Gründung unterscheiden sich die Vorschriften über die juristischen Personen so stark, dass sie generellen zivilrechtlichen Bestimmungen nicht zugänglich sind. Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Recht werden regelmäßig durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Verwaltungsakt gegründet. Die Gründung privatrechtlicher Vereine, Stiftungen, Handelsgesellschaften und Genossenschaften setzt in allen Fällen als ersten Akt ein Rechtsgeschäft des oder der Gründer voraus, in der Regel den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, der anschließend zur Satzung der juristischen Person wird, oder bei Einpersonengesellschaften und Stiftungen die Abgabe einer einseitigen Gründungserklärung. Für diese gelten die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte. In den meisten Fällen besteht kein Anlass, sie abweichend oder auch nur gesondert zu regeln.

Eine Ausnahme kann für die in Judikatur und Wissenschaft entwickelten Regeln über die so genannte *faktische Gesellschaft* gelten. Wurde, obgleich der Gründungsvertrag unwirksam oder nichtig ist, eine juristische Person tatsächlich ins Leben gerufen, namentlich mit eigenem Vermögen ausgestattet, wurde sie geschäftlich tätig und hat Gewinne erzielt oder Verluste erlitten, würde eine Rückabwicklung nach den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte der eingetretenen Lage nicht mehr gerecht. Rechtsprechung und Lehre gestatten stattdessen gewöhnlich nur die Auflösung mit Wirkung für die Zukunft und die Auseinandersetzung auf der Grundlage der inzwischen bestehenden Vermögenssituation. Man wird behaupten können, dass auch diese Regel ungeachtet gewisser Ausnahmen inzwischen Bestandteil eines allgemeinen Rechts der juristischen Personen darstellt. Sie könnte lauten:

- *Ist eine juristische Person ungeachtet der Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Gründungsgeschäfts tatsächlich ins Leben getreten, hat sie insbesondere Gewinn erzielt oder Verlust erlitten, tritt vorbehaltlich abweichender Sonderregeln an die Stelle einer Rückabwicklung die Auflösung und Auseinandersetzung auf der Grundlage der inzwischen eingetretenen Vermögenslage.*

7. Rechtliche Anerkennung

Den zweiten Teil der Gründung einer juristischen Person bildet die rechtliche Anerkennung. Für diese kommen unterschiedliche Formen in Betracht. Die

Anerkennung juristischer Personen des öffentlichen Rechts richtet sich nach den für diese jeweils geltenden Bestimmungen. Für die Handelsgesellschaften und Genossenschaften gilt seit der Liberalisierung der Wirtschaft im späten 19. Jahrhundert das Prinzip der Normativbestimmungen: Die Gesellschaften werden durch Eintragung in das bei den Amtsgerichten geführte Handels- bzw. Genossenschaftsregister zur juristischen Person. Sie haben, wenn sie die im Gesetz festgelegten Voraussetzungen erfüllen, einen Anspruch auf die Eintragung. Vor der Eintragung bestehen die Gesellschaften, wie die Gesetze sich ausdrücken, als solche nicht.²⁴ Gleiches gilt für die nicht auf einen wirtschaftlichen Zweck gerichteten sog. Idealvereine. Diese werden in das Vereinsregister eingetragen (§ 21 BGB). Wirtschaftliche Vereine bedürfen demgegenüber der Verleihung durch die zuständige staatliche Behörde (§ 22 BGB). Private Stiftungen werden rechtsfähig, wenn sie durch die zuständige Behörde anerkannt werden, worauf sie einen Anspruch haben, wenn das Stiftungsgeschäft den gesetzlichen Anforderungen genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und dieser das Gemeinwohl nicht gefährdet (§ 80 BGB). Eine für alle juristischen Personen gleichermaßen gültige allgemeine Regelung kommt insoweit nicht in Frage.

8. *Vorgesellschaft*

Die Feststellung schließt aber nicht aus zu erwägen, ob nicht die Rechtsstellung einer Vorgesellschaft in allgemeinen Vorschriften über juristische Personen näher bestimmt werden kann und sollte. Bekanntlich sahen sich Judikatur und Rechtswissenschaft lange Zeit vor unüberwindliche Schwierigkeiten gestellt bei der Frage nach der Rechtsnatur einer werdenden juristischen Person, bei der zwar das Gründungsgeschäft erfolgt und rechtswirksam ist, die gerichtliche Registrierung oder staatliche Konzession aber noch aussteht. Da sie gemäß den zitierten Formulierungen der Gesetze noch keine juristischen Personen sein konnten, ordnete sie die überwiegende Lehre als Gesamthandsgesellschaften ein und verstand Vorgesellschaft und endgültige juristische Person als verschiedene Rechtssubjekte. Das hatte zur Folge, dass regelmäßig geklärt werden musste, ob ein Recht oder eine Pflicht zugunsten bzw. zulasten der Vorgesellschaft, der endgültigen juristischen Person oder beider entstanden sind. Im Zweifel musste die juristische Person die im Namen der Vorgesellschaft begründeten Rechte und Pflichten einzeln übernehmen. Die Lösung erwies sich als realitätsfremd, weil oft schon die Vorgesellschaft am Rechtsverkehr teilnahm, die durch sie geschlossenen Verträge aber nach der Eintra-

24 §§ 41 Abs. 1 AktG, 11 Abs. 1 GmbHG. Ähnlich § 13 GenG: Vor der Eintragung in das Genossenschaftsregister ihres Sitzes hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht.

gung selbstverständlich fortgelten sollten. Die Praxis verstand Vorgesellschaft und juristische Person als identische Rechtsgebilde. Wie man weiß, sahen sich Rechtsprechung und Wissenschaft erst in jüngerer Zeit in der Lage, diese dem Gesetzestext und der Vorstellung des Gesetzesverfasser widersprechende Sicht nachzuvollziehen. Heute wird schon die Vorgesellschaft als rechtsfähig angesehen. Ihr wird eine vorläufige Rechtspersönlichkeit zugesprochen, welche durch die Eintragung oder Genehmigung zur dauerhaften juristischen Person erstarkt. Beide sind identische Rechtssubjekte, so dass eine Übertragung der Rechte und Pflichten nicht erforderlich ist.

Es versteht sich, dass diese moderne Theorie nicht alle Auslegungs- und Rechtsanwendungsprobleme beseitigt. Gleichwohl bietet sich aber an, ihre Grundstrukturen in die allgemeinen Bestimmungen über juristische Personen aufzunehmen. Die Vorschriften könnten beispielsweise lauten:

- *Vor der Eintragung in das zuständige Register oder der Genehmigung genießen werdende juristische Personen, deren Gründungsgeschäft rechtswirksam ist, eine vorläufige Rechtsfähigkeit. Rechte und Pflichten der werdenden juristischen Person, die nach ihrem Sinn nach der Eintragung oder Genehmigung fortgelten sollen, gehen kraft Gesetzes ohne Übertragungsakt auf die endgültige juristische Person über.*

Größere Schwierigkeiten bieten die *Haftungsregelungen* für werdende juristischer Personen. Es ist zweifelhaft und bedarf deshalb weiterer Untersuchungen, ob hier in einem Allgemeinen Teil des BGB alle Fälle erfassende einheitliche Vorschriften möglich und wünschenswert sind. Immerhin erscheint es denkbar, aus den Bestimmungen der §§ 54 Abs. 2 BGB, 41 Abs. 1 Satz 2 AktG und 11 Abs. 2 GmbHG eine generelle Haftung der für eine Vorgesellschaft Handelnden abzuleiten. Eine solche würde weiterreichende, mit den Stichworten Gründungs- und Vorbelastungshaftung oder Verlustdeckungspflicht verknüpfte Haftungsverpflichtungen anderer an der Gründung beteiligter Personen nicht ausschließen. Sie ist im geltenden Verbandsrecht angelegt und würde auch unter den Bedingungen des gegenwärtigen Wirtschaftslebens die sinnvolle Funktion erfüllen, geschäftliche Aktivitäten von Personen, die für eine noch nicht eingetragene juristische Person im Rechtsverkehr handeln, mit einem persönlichen Haftungsrisiko zu belasten und ihr Handeln daher auf das Notwendigste zu beschränken. Dogmatisch würde sie als spezifisches Merkmal der nur mit vorläufiger Rechtsfähigkeit ausgestatteten werdenden juristischen Person anzusehen sein, welches den Mangel kompensiert, dass die registergerichtliche Prüfung noch nicht abgeschlossen ist, die der Eintragung vorausgeht. In Anlehnung an die vorhandenen Bestimmungen könnte die einschlägige Vorschrift lauten:

- *Ist vor der Eintragung im Namen der werdenden juristischen Person gehandelt worden, haften die Handelnden persönlich und solidarisch.*

III. Personengesellschaften und nicht eingetragene Vereine

1. Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft

Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und die diesen gleichgestellten Rechtsformen der Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei und Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung sind in Deutschland nach herrschender Lehre keine juristischen Personen, sondern Gesamthandsgesellschaften. Sie gelten als Sonderformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Lehre stützt sich auf die dogmatische Tradition und *de lege lata* auf §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB, wonach die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft Anwendung finden, soweit im HGB nichts anderes vorgeschrieben ist. Doch versteht sich die Einordnung keineswegs von selbst, denn nach § 124 HGB können auch diese Gesellschaften „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, klagen und verklagt werden“. Die Formulierung unterscheidet sich nicht wesentlich von den die juristischen Personen betreffenden Vorschriften. OHG und KG werden, anders ausgedrückt, im Rechtsverkehr als eigenständig rechtsfähige Subjekte und insofern wie juristische Personen behandelt.

Es ist nicht Gegenstand dieses Aufsatzes, den alten Streit über die Rechtsnatur der Personenhandelsgesellschaften erneut aufzurollen und dazu Stellung zu nehmen.²⁵ Vielmehr geht es nur darum zu prüfen, ob bzw. wie weit die formulierten allgemeinen Vorschriften über juristische Personen auf diese passen. Dabei kommt man nicht um die Feststellung herum, dass die durch § 124 HGB geschaffene Rechtslage sämtliche für juristische Personen aufgelisteten Bestimmungen erfüllt. Die unter 1. formulierte Kennzeichnung der juristischen Persönlichkeit findet sich in §§ 124 HGB und 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO wieder. Eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen (vgl. oben Nr. 2) findet bei den Personenhandelsgesellschaften schon nach ihrer gesetzlichen Definition nicht statt. Geschäftsfähig (oben Nr. 3) sind auch sie als soziale Kollektive nicht selbst, sondern mit Hilfe der Komplementäre als ihrer Organe und gesetzlichen Vertreter. §§ 31 und 166 Abs. 1 BGB werden auch auf sie analog angewandt. Die Bestimmungen über die Mitgliederversammlung (oben Nr. 4) und über die Vorgesellschaft (Nr. 8) passen auch für sie, die Regeln über die faktische Gesellschaft (Nr. 6) wurden primär für sie

25 In mehreren früheren Arbeiten habe ich ausgeführt, dass die Figur der Gesamthandsgesellschaft für alle Handelsgesellschaften heute nicht mehr die wirtschaftliche und rechtliche Realität widerspiegelt, daher auch als aus dem 19. Jahrhundert stammendes rechtsdogmatisches Konstrukt überholt ist und aufgegeben werden sollte. Vgl. dazu statt aller RAISER, Gesamthandsgesellschaft und juristische Person. Eine Geschichte ohne Ende?, FS Wolfgang Zöllner, 1998, S. 469 ff.

entwickelt. Finden die dargelegten Vorschriften als allgemeines Recht juristischer Personen Eingang in ein künftig reformiertes BGB, können sie auf die Personenhandelsgesellschaften erstreckt werden. Das Ergebnis ist eine Folge der Kennzeichnung juristischer Personen durch ihre Rechtsfähigkeit und verwundert daher nicht. Es stärkt jedoch die Argumentation, die Personenhandelsgesellschaften den juristischen Personen zuzuordnen und auf die Figur der Gesamthand insoweit zu verzichten.

2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Schwieriger ist die Ausgangslage nach dem Gesetzeswortlaut bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, denn das BGB versteht diese in §§ 705 ff BGB unmissverständlich als durch das Gesamthandsprinzip gekennzeichnetes Schuldverhältnis. Als solches stellt es sie durch ihre Regelung im Besonderen Teil des Schuldrechts schon äußerlich den juristischen Personen gegenüber. Sie galt dem Gesetzgeber des Jahres 1900 als Prototyp der Gesamthand, bei der die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit, nicht die Gesellschaft selbst als Rechtssubjekt fungieren. Die Konzeption ließ sich jedoch, wie man weiß, im Lauf der Wirtschafts- und Rechtsentwicklung des 20. Jahrhunderts bei Außengesellschaften, die am Geschäftsverkehr teilnehmen, nicht aufrechterhalten, vielmehr sahen sich Rechtsprechung und herrschende Lehre genötigt, auch ihnen eine eigene Rechtsfähigkeit zuzuerkennen. Für das vorliegende Thema gilt daher insoweit dasselbe wie für die Personenhandelsgesellschaften: Auch auf sie können die formulierten allgemeinen Vorschriften über juristische Personen angewandt werden.

3. Nicht eingetragene Vereine

Es bleiben die nicht in das Vereinsregister eingetragenen Vereine. Auch ihnen verweigern der Wortlaut des § 54 BGB und dementsprechend die herkömmliche zivilrechtliche Dogmatik die eigene Rechtsfähigkeit, sie verstehen sie anders als die eingetragenen Vereine gleichfalls nicht als juristische Personen. Die Vorschrift unterstellt sie stattdessen dem Recht der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft. Flankiert wurde die Regelung ursprünglich durch § 50 Abs. 2 ZPO, wonach nicht eingetragene Vereine zwar verklagt werden konnten, jedoch nicht selbst klageberechtigt waren. Angesichts der gesellschaftlichen Realität, in der nicht nur unzählige kleine Vereine, sondern auch große und mächtige Verbände wie Gewerkschaften und politische Parteien die Eintragung vermieden, um sich der von den Registergerichten ausgeübten staatlichen Kontrolle und der durch die Eintragung verursachten Publizität zu entziehen, erwies sich die Regelung jedoch als von Anfang an als verfehlt. Schon das Reichsgericht begann bald nach 1900, sich über den Wortlaut der Vorschrift

und den klaren Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen und auch auf die nicht eingetragenen Vereine Vereinsrecht anzuwenden. Die Judikatur gilt heute als klassisches Beispiel dafür, dass Richter einem als sachwidrig empfundenen Gesetz den Gehorsam verweigern. Als ergänzende Sonderregel übrig geblieben war lediglich die unbeschränkte persönliche Haftung der Handelnden, in der Regel also der Vorstandsmitglieder, für die Schulden des Vereins gemäß § 54 Abs. 2 BGB. Sie wird zum Schutz der Vereinsgläubiger zurecht weiterhin für notwendig erachtet.

Heute werden ungeachtet andauernder wissenschaftlicher Vorbehalte grundsätzlich auch die nicht eingetragenen Vereine als selbstständige, von ihren Mitgliedern und deren Gesamtheit verschiedene Subjekte behandelt, die eigene Rechte und Pflichten und ein eigenes Vermögen haben, also rechtsfähig sind. Inzwischen hat auch der Gesetzgeber aus der Entwicklung die Konsequenz gezogen, indem er ihnen im geänderten § 50 ZPO auch die Klagebefugnis einräumte, in § 735 ZPO statuierte, dass zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht eingetragenen Vereins ein gegen diesen gerichteter Titel notwendig ist, und in § 11 Abs. 1 Satz 2 InsO ausdrücklich auch seine Insolvenzfähigkeit anerkannte. So wird man vermuten dürfen, dass ein moderner Gesetzgeber die nicht eingetragenen Vereine künftig auch von ihm akzeptierten allgemeinen Vorschriften über juristische Personen unterstellen wird.